

**LAS VESTIMENTAS QUE VIOLAN LOS DERECHOS
HUMANOS DE LAS MUJERES. BURKA Y VELO ISLÁMICO EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS
DE EUROPA**

**CLOTHES THAT VIOLATE THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN:
BURKA AND ISLAMIC HEADSCARF IN THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 164-181

Graciela
MEDINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En este artículo se examinan las legislaciones europeas en materia de uso del velo integral en espacios públicos, en particular, la ley francesa 1192/2010; y se estudia la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa sobre la materia, en concreto, el reciente caso "S.A.S contra Francia".

PALABRAS CLAVE: Velo islámico, libertad religiosa, conciencia, laicidad, jurisprudencia europea.

ABSTRACT: This paper analyzes the European legislation regarding the use of the full veil in public spaces, specially the French law 1192/2010, and the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the subject, studying the recent case "SAS vs. France".

KEY WORDS: Islamic headscarf, religious freedom, conscience, secularity, European case-law.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La ley francesa que prohíbe el uso del velo islámico en espacios públicos. Objeto. Eximentes. Sanciones.- III. El cuestionamiento de la joven S.A.S. a la ley francesa. Violación al derecho a la libertad religiosa y a la intimidad.- IV. Los argumentos del Estado Francés. Seguridad. Orden público. Libertad, Igualdad y fraternidad.- V. Perfiles de Derecho Comparado.- 1. La legislación de Bélgica.- 2. La cuestión en Suiza.- 3. La cuestión en España.- VI. Las Opiniones de Organismos Internacionales.- 1. Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, islamismo y la islamofobia en Europa.- 2. Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.- 3. Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.VII. La Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa anterior al año 2014.- VIII. La Resolución de la Corte de Derechos humanos de Europa en el caso S.A.S.- IX. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Las vestimentas a las que hacemos referencia en el título del artículo son aquellas que cubren totalmente el rostro y el cuerpo de la mujer, tanto en invierno como en verano, tanto en la calle como en cualquier lugar público¹.

Estas vestimentas son el símbolo más evidente de la violencia de género contra las personas del sexo femenino a quienes se las obliga a circular por la vida totalmente cubiertas para no tentar a nadie con su cuerpo, sin importar si las portadoras les guste o no les guste utilizar estas cárceles de tela para poder realizar las tareas imprescindibles fuera de su hogar, sin consideración a la incomodidad que causan, ni a la privación de visibilidad provocan.

La cuestión estriba en determinar si un Estado puede prohibir que las mujeres circulen en los espacios públicos con la cara completamente cubierta o si, por el

¹ La cuestión ha suscitado un gran debate doctrinario, ver entre otros, ALÁEZ CORRAL, B.: "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED (2011), núm. 28, pp. 483-520; BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: "Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época (2009), vol. 10, pp. 17-82; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", // www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf; KOUSSENS, D., BERNATCHEZ, S. y ROBERT, M. P.: "Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux", *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* (2013), vol. 29, núm. 1, pp. 77-92. Para un análisis de la controversia sobre el "burka" en el orden público Europeo, véase McCREA, R.: "The Ban on the Face Veil and European Law", *Human Rights Law Review* (2013), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30699.pdf>; PEI, S.: "Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights", *Yale L J* (2013), 122, p. 1089-1102.

• Graciela Medina

Catedrática de Derecho de Familia y de Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Graduada con Medalla de Oro de la Universidad de Mendoza. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por dicha Universidad. Juez de Cámara de la Sala III en lo Civil y Comercial Federal. Autora de números trabajos científicos y monografías en el ámbito de la persona, familia y sucesiones, siendo la última "Violencia de género y violencia doméstica: responsabilidad por daños" (2013). Forma parte del Comité Científico de Prestigiosas revistas jurídicas y ha intervenido como ponente en números Congresos Nacionales e Internacionales.

contrario en aras del respeto a la autonomía de la libertad y a la libertad religiosa todo estado debe tolerar que las personas de sexo femenino oculten totalmente su rostro y cuerpo y se relacionan en forma desigual con sus congéneres².

Este interrogante se suscita a partir que ciertas mujeres, pertenecientes a grupos ortodoxos musulmanes son obligadas a circular en espacios público totalmente cubierta con un “burka”³ o con un “nikab”⁴ y que otras alegan la libertad religiosa y el respeto al multiculturalismo para poder hacerlo.

Normalmente el uso de esta vestimenta es impuesta por los hombres a las mujeres como una cuestión de dominación cultural y constituye una de las tantas formas de violencia a las que las personas de sexo femenino son sometidas

Resulta indiscutible que la vestimenta que cubre integralmente el rostro es una clara demostración de la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, ya que a los primeros nadie los obliga, a circular en público totalmente cubiertos, sin poder ver ni siquiera su cara.

En la realidad, salvo los motociclistas, los buzos, los astronautas y algunos profesionales del arte de curar, sólo las mujeres circulan totalmente cubiertas. Y la diferencia entre ellos estriba en que los primeros lo hacen ocasionalmente y las segundas siempre que salgan del ámbito doméstico tienen que cubrirse totalmente.

Muchos Estados occidentales se han planteado si pueden prohibir la utilización del “burka” o el “niqab” en los espacios públicos, con el fin de combatir en sus países esta forma de agresión a las mujeres, de ayudar a la relación de los unos y los otros y de contribuir a la seguridad. De ellos son muy pocos son los que han dictado leyes que impidieran a las mujeres circular por las áreas públicas con el rostro completamente cubierto, concretamente sólo conocemos tres legislaciones: la de Bélgica, la francesa y la de un Cantón Suizo, a las que debemos agregar una ordenanza comunal española que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo Español.

Estas leyes son ampliamente criticadas porque se señala que ellas no protegen a las mujeres sino al contrario las encierran y aíslan más de lo que se encuentran, ya

2 El tema ha sido tratado por la Sentencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa en el *affaire S.A.S. c. Francia* (demanda n° 43835/11) dictada en Estrasburgo el 1 de julio de 2014.

3 El “burka” es un vestido que cubre completamente el cuerpo y sobre los ojos tiene una rejilla, que permite mirar solamente para adelante, pero sin poder ver en los laterales. Es utilizado en Afganistán.

4 El “nikab” es una vestimenta que cubre todo el rostro, pero deja una hendidura por donde se ven los ojos, la diferencia entre el “burka” y el “niqab”, es que en la primera no se ve ni siquiera los ojos porque están tapados con una rejilla, mientras que en la segunda los ojos pueden verse. Por otra parte el “burka” no necesariamente es negro mientras que el “niqab” en general es negro y cubre hasta los pies.

que sin el velo que las cubre se les obstaculizará totalmente la asistencia a los lugares públicos, inclusive a los imprescindibles como los hospitales y las escuelas.

La cuestión estriba en determinar si para impedir que se violente a las mujeres se debe tolerar vestimentas que las violentan.

Dicho en otros términos para un sector del pensamiento hay que tolerar la violencia de la “burka” para impedir la violencia a que sufrirán quienes no usen “burka”.

Evidentemente este razonamiento es falso ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

En el plano jurídico en defensa del uso del velo islámico integral se sostiene que hay mujeres que usan “burka” por decisión personal libremente tomada y que su utilización no constituye un acto de violencia impuesta sino una forma de ejercer la religión, que no puede ser limitada en base a derechos fundamentales reconocidos en los pactos de derechos humanos, como lo son los derechos a ejercer la religión y a la intimidad.

Creemos que aún en esos casos la prohibición es legítima porque el ocultamiento integral del rostro, vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos, ya que la circulación en los espacios públicos evitando la identificación va en contra de la seguridad y de la prevención y no permite el desarrollo conjunto de las personas.

Uno de los pocos Estados que ha dictado una legislación prohibitiva es el Estado francés quien ha aprobado una ley que prohíbe el uso del “burka” y “niqab” en todos los espacios públicos⁵. Esta ley fue adoptada por la Asamblea Nacional, el 13 de julio de 2010, por trescientos treinta y cinco votos a favor, uno en contra y tres abstenciones, y fue aceptada por el Senado, el 14 de septiembre de 2010, por doscientos y cuarenta y seis votos a favor y uno en contra. Después de ser aprobada por el parlamento la norma fue enviada al Consejo constitucional quien el 7 de octubre de 2010, señaló que no violaba la Constitución Francesa, por lo cual era Constitucional. Razón que dio lugar a que fuera promulgada el 11 de octubre de 2010.

5 Desde 2004 el uso del “burka” se ha prohibido en las escuelas públicas francesas, como resultado de una ley que prohíbe a los estudiantes usar los símbolos religiosos visibles. En un discurso en el Congreso de Versalles, el 22 de junio de 2009, el presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, afirmó que el “burka” “no es bienvenido en el territorio de la República Francesa”, agregando que “En nuestro país, no podemos aceptar que las mujeres estén presas detrás de una pantalla, aisladas de toda vida social, privadas de toda identidad”. Agregando “No es un signo religioso. Es un signo de sometimiento de las mujeres. Por eso, no es bienvenido en el territorio de la República”.

A continuación analizaremos el texto de la ley gala 1192/2010, diremos los motivos por los cuales la joven, S.A.S. (cuyo nombre no se ha dado a conocer), consideró que la ley era contraria a los pactos de derechos humanos, y llevó ante la Corte de Derechos Humanos sus reclamos, reseñaremos los fundamentos que aduce el estado francés para sostener su convencionalidad, enunciaremos la legislación Europea sobre el tema, recordaremos la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa sobre el uso del “burka” y daremos a conocer las razones que fundamentan el fallo de la Corte de Derechos Humanos de Europa que juzgó que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos no es contraria a las Convenciones de Derechos humanos y finalmente daremos nuestra opinión.

II. LA LEY FRANCESA. OBJETO. EXIMENTES. SANCIONES.

La ley dictada en Francia lleva el Número 1192/2010 y en su texto establece:

Art. 1: “Ninguna persona puede estar en el espacio público, con el rostro oculto”.

Art. 2: “Para los efectos del artículo 1, el espacio público está constituido por las vías públicas, así como los lugares abiertos al público o servicio público. La prohibición del artículo 1 no se aplica si el vestido es prescrito o autorizado por disposiciones legales o reglamentarias, si está justificado por razones de salud o profesional, o si su uso responde a prácticas deportivas, festivas, artísticas o tradicionales”.

Art. 3: “La violación de la prohibición establecida en el artículo 1 está penada con una multa máxima de 150 euros o trabajos comunitarios”.

Art. 4: Introduce en el Código Penal el art. 225-4-10 que dice que “si una persona obliga a una o más personas a ocultar su rostro por amenazas, violencia, coacción, abuso de autoridad o abuso de poder; debido a su género, será castigado con un año de prisión y una multa de 30.000 euros. Cuando el acto sea cometido en perjuicio de un menor de edad, las penas se levantan a prisión de dos años y de 60.000 euros”.

Cabe señalar que cuando el art. 2 de la ley se refiere a los eximentes de la prohibición de circular por los espacios públicos con el rostro tapado, hace referencia por ejemplo a los motociclistas que deben circular obligatoriamente con cascos que le cubren el rostro, o a los buzos que deben usar escafandras, o a los médicos que por razones de salud deben taparse el rostro.

Por otra parte, es necesario destacar que la sanción a quien obligue a otra persona a ocultar su rostro en público, no merece ninguna objeción; ni tampoco

ofrece reparo el agravamiento de la pena cuando la imposición de la vestimenta antinatural y ocultatoria se le impone a una niña o a una adolescente.

La cuestión radica en la compatibilización del derecho a la libertad religiosa y a la intimidad de las mujeres adultas que libremente eligen una vestimenta que cubra totalmente su rostro, con el ideario republicano de la libertad, igualdad y fraternidad que no puede practicarse cuando se impide la comunicación fraterna y se exige a la población que se relacionen con personas a quienes no se puede identificar por su faz.

III. EL CUESTIONAMIENTO DE LA JOVEN S.A.S A LA PROHIBICIÓN. LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y A LA INTIMIDAD.

Al día siguiente de la promulgación de la ley francesa una joven de 21 años interpuso un recurso contra la norma cuestionando su constitucionalidad y convencionalidad por su inadecuación al Pacto de Derechos Humanos de Europa, por ser violatoria a sus derechos a practicar libremente su religión, a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación.

La solicitante alega que como en el espacio público francés se encuentra prohibido usar un traje diseñado para ocultar el rostro bajo la amenaza de sanción penal, si ella usara la “burka” o el “niqab” en público se expondría al riesgo tanto de sanciones penales como de acoso y de discriminación y que la prohibición constituye, para ella una tortura y un trato degradante⁶.

Manifiesta que nadie la obliga a usar un velo que le cubra totalmente su cara, que su uso constituye una elección personal adoptada libremente y que la prohibición del Estado francés le impide el derecho a practicar libremente su religión y le cercena el derecho a su vida privada.

IV. LOS ARGUMENTOS DEL ESTADO FRANCÉS. SEGURIDAD. ORDEN PÚBLICO. LIBERTAD IGUALDAD Y FRATERNIDAD.

El Estado francés por un lado argumenta que por razones de seguridad es necesario que las personas puedan ser identificadas, cosa que resulta imposible si ellas utilizan una vestimenta que les cubre el rostro.

Por otra parte Francia pone de relevancia que el velo islámico que cubre totalmente el rostro es contrario a los principios de igualdad, libertad y fraternidad que inspiran la república francesa.

6 Se refiere al art. 3 CEDH, en virtud del cual: “nadie será sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes”.

Concretamente señala que es contrario a la igualdad porque sólo las mujeres circulan tapadas de esa manera, que atenta contra la libertad porque esta vestimenta es símbolo de una forma de dominación del hombre sobre la mujer y que resulta incompatible con la fraternidad porque impide la comunicación libre y a cara descubierta de los unos con los otros.

La norma también se fundamenta en que las mujeres que ocultan su rostro, voluntariamente o no, están colocadas en una situación de exclusión y desventaja manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad e igualdad

Además, la legislatura ha motivado su intervención por una cierta concepción de “vivir juntos”, la que en una sociedad basada en los valores de igualdad, libertad y fraternidad no puede ser concebida sin que sea posible percibir su rostro, que es un elemento fundamental, de la identidad.

Teniendo en cuenta los valores fundamentales que se desea defender, el legislador francés considera que la circulación en comunidad ocultando totalmente el rostro que es el elemento esencial de la individualidad, impide el desarrollo esencial de la vida en sociedad, y que si bien el pluralismo y la democracia requieren de la libertad para manifestar sus convicciones mediante símbolos religiosos, el estado debe supervisar las condiciones en las que estas señales pueden ser usadas sin atentar contra los valores básicos que permiten la vida en libertad.

El ocultamiento de la cara tiene el efecto de privar al sujeto de cualquier posibilidad de individualización por la cara y como esa individualización constituye una condición fundamental vinculada a su propia esencia el ocultamiento no permite el normal desarrollo de la vida en sociedad.

En definitiva el Estado francés entiende que tolerar esta vestimenta atenta contra el orden público francés y sus principios republicanos de igualdad, libertad y fraternidad y que la prohibición resulta necesaria para garantizarlos.

V.ALGUNOS PERFILES DE DERECHO COMPARADO.

I. La legislación de Bélgica.

Una ley similar a la francesa fue adoptada en Bélgica el 1 de junio de 2011. La misma “prohíbe el uso de cualquier prenda que oculte totalmente la cara”.

La norma inserta la siguiente disposición en el art. 563.bis CP: “Será castigado con multa de quince a veinticinco euros y con una pena de uno a siete días de prisión o una de esas penas solamente, a quienes accedan a lugares públicos con la

cara oculta en su totalidad o en parte, de una manera tal que no sean identificables. Excepto quienes lo hicieran por normas de trabajo o con motivo de acontecimientos festivos”.

Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional belga, quien rechazó el recurso señalando que la ley tiene la intención de defender un modelo de sociedad que da prioridad a los lazos filosóficos, religiosos y culturales que fomentan la integración de todos y garantizan a los ciudadanos valores comunes que son el derecho a la vida, el derecho a la libertad de conciencia, la democracia, la igualdad del hombre y de mujer o incluso la separación de iglesia y estado.

2. La cuestión en Suiza.

La Asamblea Federal Suiza rechazó en septiembre de 2012, una iniciativa del cantón de Aargau para prohibir el uso en lugares públicos de la ropa que cubre la totalidad o gran parte de la cara, pero el Cantón de Ticino votó el 23 de septiembre de 2013 por una prohibición de este tipo (el texto aún debe ser validado por la Asamblea Federal).

3. La cuestión en España.

En Octubre del año 2010 el Ayuntamiento de Lleida dictó una ordenanza que prohibía acceder a los edificios y espacios municipales a las personas que portaran velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, recurrió la ordenanza ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien sostuvo la Constitucionalidad de la Ordenanza.

Disconforme con tal decisión la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia recurrió ante el Tribunal Supremo de España.

La cuestión fue juzgada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, quien consideró que la Ordenanza que prohibía el uso del velo islámico integral en los espacios públicos municipales era inconstitucional en tanto éste fuera usado libremente por mujeres mayores de edad.

El Tribunal Supremo español entendió que en el marco de la Constitución española la mujer puede optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y tiene a su disposición recursos para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacérsele víctima, obteniendo la protección del poder público,

En la sentencia se señala que no es adecuado, para justificar la prohibición que se parta del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer.

Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción.

Por otra parte, la resolución pone de relieve que en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer se le cierran esos espacios.

Por otra parte el Tribunal destaca que en el año 2010 el Senado de España instó al Gobierno “a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres”⁷ sin que hasta el momento el Poder Legislativo Español haya adoptado ninguna solución en tal sentido.

VI. LAS OPINIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

I. Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁸ sobre el islam, islamismo y la islamofobia en Europa.

Esta Resolución realiza una llamada a todos los musulmanes a abandonar cualquier interpretación tradicional del islam que niegue la igualdad entre hombres y mujeres y restrinja los derechos de las mujeres, tanto dentro de la familia como en la vida pública.

7 BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484 de 21 de junio de 2010), moción aprobada en sesión de 23 de Junio de 2010 (Diario de Sesiones de la propia fecha).

8 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa es uno de los dos órganos estatutarios del Consejo de Europa que está compuesto del Comité de Ministros de Asuntos Exteriores. El poder de la Asamblea se extiende solo a la capacidad de investigar, recomendar y aconsejar. Aun así, sus recomendaciones sobre temas tales como los derechos humanos tienen un peso significativo en el contexto político europeo. El Parlamento Europeo y otras instituciones de la UE a menudo se remiten al trabajo de la Asamblea, especialmente en el campo de los derechos humanos, cooperación legal y cultural.

Considera que la interpretación tradicional del islam que niega la igualdad entre hombres y mujeres no es compatible con la dignidad humana y las normas democráticas; las mujeres son iguales a los hombres y por consiguiente, deben tratarse sin discriminación.

En este sentido, el uso del velo por las mujeres y especialmente el velo en la forma del “burka” o el “niqab”, a menudo es visto como un símbolo de la sumisión de las mujeres a los hombres, que restringe el papel de la mujer en la sociedad, limita sus vidas profesionales y dificulta sus actividades sociales y económicas.

El uso del velo por las mujeres, no es admitido como una obligación religiosa por todos los musulmanes, aunque muchos de ellos ven estas prácticas como una tradición cultural y social.

La Asamblea considera que esta tradición podría representar una amenaza a la dignidad y la libertad de las mujeres y remarca que ninguna mujer debe ser forzada a usar esta vestimenta ni en sus actividades religiosas, ni en su comunidad o su familia, ya que el art. 9 de la Convención reconoce a toda persona el derecho a elegir libremente si usar religioso vestido en privado o en público.

No obstante lo antedicho la Asamblea señala que una prohibición general podría tener el efecto contrario, empujando a las familias y la comunidad para ejercer presión sobre las mujeres musulmanas a mantenerse en sus hogares y confinarlas.

De esta forma las mujeres musulmanas sufrirían una exclusión adicional si debían dejar las instituciones educativas, para mantenerse alejados de los lugares públicos y renunciar a cualquier acto en la comunidad para no romper con su tradición familiar. Por lo tanto, la Asamblea insta a los Estados miembros a desarrollar políticas específicas destinadas a educar a las mujeres musulmanas en el conocimiento de sus derechos, para ayudarles a participar en la vida pública, así como a ofrecerles las mismas oportunidades de llevar una vida profesional y lograr la independencia económica y social.

2. Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Invita a los Estados miembros a no adoptar una prohibición general de llevar el velo completo u otras prendas religiosas o especiales. Entiende que una interdicción general atenta contra la vida privada e impide que las mujeres musulmanas tengan las mismas oportunidades de participar en la vida pública y llevar a cabo actividades educativas y profesionales. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señala que las restricciones legales en esta libertad pueden justificarse cuando son necesarias en una sociedad democrática, entre otras cosas por razones de seguridad

o funciones públicas o negocios de una persona impuesta para demostrar la neutralidad religiosa o mostrar su rostro.

3. Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹.

En el ámbito de Naciones Unidas, en concreto en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 puede citarse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, en donde el 15 de mayo de 1998 entró en vigor una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanes uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos. Dicha estudiante que usaba pañuelo islámico ("hiyab") fue expulsada de su Universidad por no atender la referida prohibición, y después de agotar sin éxito la vía interna impugnando su expulsión, acudió al Comité de Derechos Humanos, que en el referido dictamen acogió su reclamación, razonando en el apartado 6.2:

[...] El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión... el Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás (párrafo 3 del artículo 18 del Pacto) [...].

El apartado antes reproducido acaba afirmando que en el caso no se invocó ninguno de los motivos específicos para justificar la restricción y declara que se produjo la violación del párrafo 2 del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁹ El Comité de Derechos Humanos es un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado. Normalmente se reúne en tres periodos de sesiones al año, en Ginebra o Nueva York. El Comité es uno de los siete organismos instituidos por tratados sobre derechos humanos promovidos por la Organización de las Naciones Unidas. El Comité admite quejas individuales. Se trata de un mecanismo facultativo y cuasi-contencioso por el que se pueden tratar denuncias de violaciones concretas de derechos humanos recogidos en el Pacto, de manera mucho más limitada que en los sistemas regionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues en estos dos casos sí se trata de auténticos tribunales internacionales.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA ANTERIOR AL AÑO 2014¹⁰.

Para entender la Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa con respecto al velo islámico, hay que establecer la diferencia entre sus distintas modalidades, según oculte o no el rostro de la mujer. Al respecto nos encontramos por un lado con el simple pañuelo¹¹ que constituye un símbolo religioso y por otro con velos integrales que ocultan el rostro, cuyo uso puede comprometer a la seguridad y al orden público.

Tanto el uso del pañuelo como la utilización del velo integral han recibido prohibiciones, que han sido cuestionadas por su contrariedad con el derecho a la intimidad y a la libertad religiosa.

Las prohibiciones de utilización del pañuelo no han sido igual a las interdicciones del uso del velo integral, en el primer caso se han tratado de limitaciones en lugares determinados como por ejemplo en escuelas y en el segundo de prohibiciones absolutas en lugares públicos.

El fundamento de una y otra limitación tampoco ha sido el mismo ya que en el caso del pañuelo su prohibición se basa en la laicidad mientras que en las interdicciones al “burka” la interdicción tiene su razón de ser en razones de seguridad, de prevención, de orden público y de contrariedad con valores democráticos y republicanos.

Hasta el año 2014 la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había pronunciado sólo en relación con el pañuelo en distintas sentencias que se refieren a problemas suscitados en ámbitos concretos, en general la enseñanza y no a casos de prohibiciones generalizadas.

Pueden citarse las sentencias de los casos *Dahlab contra Suiza* (demanda n° 42393/1998)¹²; *Leyla Sahin contra Turquía* de 29 de junio de 2004 y la dictada sobre

10 MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “La cuestión del velo islámico”, cit.

11 Hay que distinguir el chador del pañuelo. Un chador es una prenda de calle femenina típicamente *iraní*, consistente en una simple pieza de tela semicircular abierta por delante que se coloca sobre la cabeza, cubriendo todo el cuerpo salvo la cara. Al Amira: se trata de un velo de dos piezas; una a modo de gorro que se ajusta a la cabeza, y la otra una especie de bufanda a modo de tubo que se ajusta al cuello y cubre también parte de la cabeza. Puede ser de algodón, poliéster o licra. Shayla: es un pañuelo rectangular que se puede llevar de distintas maneras, aunque una de las más comunes es cubriendo la cabeza y por encima del cuello. Es el tipo de velo que más se ve en España.

12 *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 42393/98, 15 febrero 2001. Véase un comentario al respecto en RODRIGO LARA, M^a B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, y su tesis doctoral *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad* (2004): Universidad Complutense, <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514>, pp. 358-359, donde trata el tema de la exhibición de símbolos religiosos en las escuelas. Véase además en relación con la cuestión del crucifijo en Italia, la Resolución del Consejo de Estado italiano, Sección II, de 27 de abril de 1988, la Resolución de la Abogacía del Estado de Bolonia, de 16 de julio de 2002, la Circular del Ministerio de Instrucción Pública, de 9 de junio de 1988, n° 157, Prot. N 13039/571/GL, que reproduce el contenido del dictamen del Consejo de Estado.

el mismo caso por la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005¹³; Kose y otros c-Turquía 2006, *Dogru y Kervanci contra Francia* de 4 de diciembre de 2008¹⁴ y *Ahmet Arslam y otros contra Turquía* de 23 de febrero de 2010 (aunque ésta referida a hombres).

El caso de *Leyla Sahin contra Turquía* trataba de una joven de nacionalidad turca nacida en 1973, que vivía en Viena hasta 1999, año donde dejó Austria para continuar sus estudios en la Facultad de medicina de la Universidad de Estambul, Turquía.

Leyla pertenecía a una familia tradicional que practicaba el Islam y acostumbraba a llevar el velo islámico para cumplir con un precepto religioso.

El 23 de febrero de 1998, cuando la joven cursaba el quinto año de la Facultad de medicina de la Universidad de Estambul, el Rector emitió una circular que establecía que las alumnas con el velo islámico podrían ser admitidas en los cursos o pasantías, o en el trabajo.

En marzo de 1998, a Leyla se le negó la posibilidad de rendir pruebas escritas porque llevaba el velo islámico. Posteriormente, se le negó por la misma razón su registro o admisión a varios cursos, así como acceso a escritos en un material de análisis.

Leyla cuestionó la convencionalidad de la disposición y la cuestión llegó a la Corte de Derechos¹⁵ Humanos. Tanto la sentencia de Cámara dictada el 29 de junio de 2004, como la sentencia de la Gran sala del 10 de Noviembre del 2005 resolvieron que la disposición del rector que prohibía el uso del pañuelo no era contraria a la Convención.

Al igual que la Cámara, la Gran Sala partió del supuesto de que la circular en cuestión, que impuso restricciones de lugar y forma en el derecho a llevar el velo islámico en las universidades, constituye una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión. Pero ambos Tribunales consideraron que la injerencia impugnada persigue principalmente los objetivos legítimos de protección

13 Köse y otros 93 demandantes c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 26625/02, 24 enero 2006.

14 *Dogru c. Francia*, y *Kervanci c. Francia*, ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. Las demandantes eran, en concreto, dos estudiantes musulmanas, de doce años en el momento de los hechos, que desde principios de 1999 comenzaron a asistir a clase con su cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió seguir la clase de deporte con la cabeza cubierta. Las alumnas insistieron y finalmente fueron expulsadas y el Tribunal de Derechos Humanos convalidó la decisión. Un comentario a estas sentencias puede verse en CHELINI-PONT, B. y GIRARD, D.: "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", *RGDCDEE* (2009), 19, pp. 1-11.

15 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó el caso *Leyla Sahin contra Turquía* (demanda n° 44774/98) en la Gran Sala el 10 de Noviembre del 2005. La demandante se quejaba porque sostenía que la resolución que había sido prohibido el uso del velo islámico en la universidad, constituía un atentado injustificado contra su derecho a la educación, y que la prohibición de llevar a los estudiantes al uso del "hiyab" islámico la obligaba a elegir entre la educación y la religión y la discriminación.

de los derechos y libertades de los demás y de la protección del orden público, basada, en particular, en los principios de laicidad y de igualdad.

En ambas resoluciones se acepta que el secularismo es garante de los valores democráticos, y es el punto de encuentro de la libertad y la igualdad.

En el fallo de la Gran Sala se resalta que el principio de laicidad impide que el Estado manifieste una preferencia por una religión o creencia; y que es necesario para proteger a la persona, no sólo contra la interferencia arbitraria del Estado, sino de la presión externa de los movimientos extremistas.

El Tribunal al examinar la cuestión del velo islámico en el contexto turco, consideró que tenía que tener en cuenta el impacto que el uso de estos símbolos que se presentan o se perciben como obligatorios para ciertos sectores del Islam puede tener en las personas que optaron por no llevarlo. Como ya se ha señalado, las cuestiones en juego incluyen la protección de los “derechos y libertades de los demás” y el “mantenimiento del orden público” en un país en el que la mayoría de la población, mientras profesan un fuerte apego a los derechos de mujeres y un estilo de vida secular, se adhirieron a la fe islámica.

Al resolver el Tribunal no perdió de vista el hecho de que había movimientos políticos extremistas en Turquía que trataban de imponer a la sociedad en su conjunto sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos.

En este contexto, considero que la prohibición de usar el pañuelo en los establecimientos educativos no era contrario a las pautas emanadas de las convenciones de Derechos humanos, porque tiene como fundamento el respeto a la laicidad que es fundamental para que se desarrolle el pluralismo y es la base del respeto de los derechos de los demás.

VIII. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS DE EUROPA EN EL CASO S.A.S.

En el caso S.A.S. c. Francia la Corte de Derechos humanos de Europa señaló que de la prohibición absoluta de usar el velo integral en espacios públicos era una limitación al derecho a la vida privada y a practicar una religión, pero conforme a su jurisprudencia anterior manifestó que estos derechos admitían limitaciones, cuando estaba en juego el orden público y el derecho de los demás, y juzgó que en el caso en Francia el ocultamiento del rostro violaba el derecho de los demás en tanto impedía la comunicación de los unos con los otros, según las bases sobre las que se había construido la sociedad democrática francesa.

El Alto Tribunal de Estrasburgo puso de relieve que el número de mujeres involucradas es bajo ya que según el informe de la Asamblea Nacional Francesa "Sobre la práctica de llevar el velo en el territorio nacional"¹⁶, aproximadamente 1.900 mujeres llevaban el velo islámico en Francia a finales del año 2009, y que como esta cifra es pequeña en relación con los sesenta y cinco millones de habitantes de Francia y el número de musulmanes que viven allí, puede parecer desproporcionado que para responder a esa situación se dicte una prohibición general¹⁷, pero la Corte entiende que es una meta a la cual las autoridades han concedido mucha importancia, porque vulnera los principios esenciales sobre los que se estructura la República Francesa. Esto se advierte en el memorando explicativo que acompaña el proyecto de ley, que indica que "si existe un problema sistemático frente a los encubrimiento, es porque es simplemente contrario a los requisitos básicos de la 'vida juntos' en la sociedad francesa y que 'el ocultamiento sistemático de la cara en espacio público, es contrario a los ideales de fraternidad', y 'al requisito mínimo de civilidad necesaria para la relación social'".

El Tribunal de Estrasburgo acepta que es legítimo y convencionalmente aceptable que un estado dé gran importancia a la interacción entre los individuos y que estime que esta interacción no se puede producir libremente con el rostro cubierto.

La Corte señala que el Estado demandado restringe de alguna manera el campo del pluralismo, con la medida adoptada, pero que ella puede ser admitida como válida porque el uso del velo integral es una práctica considerada incompatible, en la sociedad francesa, con los términos de la comunicación social y, más ampliamente, de "vivir juntos".

Desde esta perspectiva la Corte entiende que la actitud del Estado Francés es acorde a la Convención de Derechos Humanos de Europa en tanto pretende proteger una modalidad de interacción entre individuos, imprescindible para la expresión no sólo de pluralismo, sino también de la tolerancia y amplitud de miras, sin la cual no es posible ninguna sociedad democrática.

En consecuencia, el Tribunal considera que la prohibición impugnada puede considerarse justificada en la medida que pretende asegurar las condiciones para el *vivre ensemble*.

16 Informe elaborado por la misión de la información de la Asamblea Nacional y presentado el 26 de enero de 2010.

17 En 2009, el número de mujeres que llevaban velo integral en los Países Bajos fue estimado en 400, lo que representa el 002% de la población holandesa [MOORS, A. : "The Dutch and the Face Veil: The Politics of Discomfort", *Social Anthropology* (2009), vol. 17, pp. 393-408]. Ese mismo año, su número en Francia fue evaluado en menos de 2000 [FORNEROD, A.: "Les 'affaires' de burqa en France", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (2012), núm. 1, pp. 63-82].

IX. CONCLUSIÓN.

La decisión de la Corte de Derechos Humanos de Europa de considerar acorde al Tratado de Derechos Humanos de Europa la prohibición del uso del velo islámico integral respeta los valores fundamentales sobre los que se cimentan las sociedades democráticas y como señalaba VARGAS LLOSA el razonamiento de que debe tolerarse la burka como una forma de proteger la libertad es un “razonamiento aberrante y demagógico debe ser denunciado con energía, como lo que es: un gravísimo peligro para el futuro de la libertad”¹⁸.

El supuesto del velo islámico integral es la punta del iceberg de un problema legal, político y sociológico muy complejo que ha sido resuelto con equidad por la Corte de Derechos humanos de Europa.

La prohibición de circular completamente cubiertos con un velo que impide toda demostración de la identidad es legítima porque el ocultamiento integral del rostro, vulnera la seguridad, restringe la prevención, limita la identidad, atenta contra la pluralidad e impide una plena comunicación entre seres humanos.

El razonamiento que hay que tolerar la violencia de la “burka” para impedir la violencia a que sufrirán quienes no usen “burka” es inaceptable ya que la violencia no puede, ni debe ser tolerada aunque aparezca bajo la modalidad de un vestido, de un pañuelo, de un velo o de una túnica.

18 VARGAS LLOSA, M: Opinión 22-06-2003, El País.

BIBLIOGRAFIA

ALÁEZ CORRAL, B.: "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED (2011), núm. 28, pp. 483-520.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M^a: "Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época (2009), vol. 10, pp. 17-82.

CHELINI-PONT, B. y GIRARD, D.: "Le voile musulman et la conception française de l'État laïc", *RGDCDEE* (2009), 19, pp. 1-11.

FORNEROD, A.: "Les 'affaires' de burqa en France", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (2012), núm. 1, pp. 63-82.

KOUSSSENS, D., BERNATCHEZ, S. y ROBERT, M.P : "Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux", *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* (2013), vol. 29, núm. 1, pp. 77-92.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", [//www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf](http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf).

MCCREA, R.: "The Ban on the Face Veil and European Law", *Human Rights Law Review* (2013), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30699.pdf>.

MOORS, A. : "The Dutch and the Face Veil: The Politics of Discomfort", *Social Anthropology* (2009), vol. 17, pp. 393-408.

PEI, S.: "Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights", *Yale L J* (2013), 122, p. 1089-1102.

RODRIGO LARA, M^a. B.: *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*, tesis doctoral (2004): Universidad Complutense, <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514>

RODRIGO LARA, M^a B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.